

MUTAÇÕES SUBJETIVAS NA RELAÇÃO CONTRATUAL

Luiz Roldão de Freitas Gomes

Sumário: 1. A circulação das obrigações. 2. A cessão de crédito e a assunção de dívida. A cessão do contrato. 3. O contrato com pessoa a declarar. 4. A recente Lei sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário (nº 9.514, de 20.11.1997). 5. Conclusão.

1. A circulação das obrigações.

1.1 Acentua CARNELUTTI em sua *Teoria Giuridica della Circolazione*, Cedam, Padova, 1933, págs. 15 e segs. e págs. 38/44, que “*la libertà della circolazione si risolve nella sua contrattualità*”. Nos Trabalhos das 19ª Jornadas de Estudos Jurídicos Jean Dabin, organizadas pelo Centro de Direito das Obrigações da Universidade Católica de Louvain, que tiveram lugar em Louvain-la Neuve, em novembro de 1978, em torno do tema *La transmission des obligations*, assinalou seu Diretor, o Prof. MARCEL FONTAINE que, com a transmissão das dívidas, aborda-se sem dúvida o coração dos problemas suscitados *de lege ferenda* pela transmissão das obrigações¹.

Os dias que correm mais acentuam a procedência daquelas assertivas, a vaticinarem que na mutação subjetiva na relação contratual situa-se verdadeiro norte do Direito contemporâneo, máxime do que se avizinha no próximo milênio, voltado a atender à velocidade na circulação das relações jurídicas em geral. Eis por que, dentre notáveis juristas, o saudoso Prof. CARLOS ALBERTO

¹ *La transmission des obligations*. LGDJ, Paris, 1980, pp. 639/ 40.

DA MOTA PINTO, antecedido de excelente estudo do Prof. GALVÃO TELLES, *La Cession de Contrat*², dedicou sua profunda tese de doutoramento ao tema: “Cessão da Posição Contratual”, Almedina, Coimbra. Na Itália, onde ela vem disciplinada no Cód. Civil (arts. 1.406 a 1.410), é alvo de estudos³. Na Alemanha, dela trataram ENECCERUS-LEHMAN, PLANCK-SIBER, LARENZ⁴. Também VON TUHR. Na França, ocuparam-se dela CARBONNIER⁵, WEIL et TERRÉ⁶ e outros autores. Entre nós, é alvo de clássico livro de DIMAS DE OLIVEIRA CÉSAR, *Estudos sobre a Cessão do Contrato*, RT, 1954, e de dissertações de nossos doutrinadores⁷.

1.2 No entanto, o fenômeno da mutação subjetiva da relação contratual não se reduz à cessão do contrato, havendo partido antes da admissibilidade da cessão de crédito e da assunção de dívida e ultrapassado os lindes da exclusiva transferência da posição contratual.

2. A cessão de crédito e a assunção de dívida. A cessão do contrato.

2.1 WINDSCHEID, em sua clássica monografia sobre *Die Actio des römischen Rechts vom Staudpunkte des heutigen Rechts*, Dusseldorf, 1.856, rompeu as resistências que se opunham à admissibilidade da cessão de crédito, que veio a ser consagrada no centenário Código Civil alemão. Regulamentou-a o nosso (arts. 1.065 a 1.078).

DELBRÜCK, ainda na Alemanha, em obra pioneira, *Die Uebernahme fremder Schulden*, em 1.853, sistematiza constru-

² “Rapport général au III Congrès de droit comparé”. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1951, p. 218/20.

³ MESSINEO, ANDREOLI, CICALA, PULEO, CLARIZIA, MOSSA e outros – Cf. nossa tese *Da Assunção de Dívida e sua Estrutura Negocial*. LJ, 2ª ed., 1997, p. 129, notas 150 e 152.

⁴ Cf. MOTA PINTO, ob. cit., 1970, p. 272.

⁵ *Droit Civil*. t. II, 5ª ed., PUF, p. 746.

⁶ *Droit Civil – Les Obligations*. 2ª ed., Dalloz Paris, 1975, p. 1.011.

⁷ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ORLANDO GOMES, SÍVIO RODRIGUES – Cf. *Assunção de Dívida...*, cit., pp. 125 e segs.

ção jurídica em torno da possibilidade de transmissão de dívidas a título singular, passando a ser disciplinada também no BGB. Não veio a ser regulada no Código Civil brasileiro, mas, hoje, os autores não hesitam em acatá-la⁸. Agasalha-a a jurisprudência, fazendo-se presente, com acentuada freqüência, em transferências nos débitos de mútuos para a aquisição da casa própria no Sistema Financeiro de Habitação; na venda de estabelecimentos comerciais, com o passivo; nas fusões e incorporações de empresas ou de sócio. A ela reporta-se o Dec.-lei nº 857/ 69, que dispôs sobre a moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil, para excepcionar da nulidade cominada em seu art. 1º para os atos que estipulem pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, os contratos que tenham por objeto, dentre outros negócios, a assunção ou modificação das obrigações contraídas em diversa moeda, cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excluídas da sanção (art. 2º, V). Nela se constrói a figura do contrato de repasse de financiamento externo, disciplinada na Resolução nº 63, do Banco Central do Brasil. O art. 586, III, do CPC, também estatui que é sujeito passivo da execução “o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante de título executivo”. Segundo o Prof. ALCIDES MENDONÇA LIMA⁹, cuida-se de dispositivo inédito no ordenamento processual brasileiro e não aparece no direito comparado, de modo tão expreso como, atualmente, entre nós.

2.2 Verifica-se, pois, que foram fincadas as estacas para que se recepcionasse a cessão de contrato, seja em sua concepção atomística (GALVÃO TELLES e outros), “que têm em comum o serem resultantes de um ponto de vista analítico ou de decomposição da figura em estudo (e do seu objecto), vendo nela uma mera coligação ou combinação de uma cessão de todos os créditos emergentes do negócio cedido e de uma transmissão negocial

⁸ Cf. nosso estudo *Da Assunção de Dívida ...*, pp. 291 a 298.

⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, VI, vol. 1, tomo I, 1ª ed., pp. 161.

de todas as dívidas”¹⁰, ou na formulação unitária (por ele adotada), que vê no fenômeno uma transmissão dos vínculos criados por um contrato. É encarado unitariamente e constituindo uma unidade dogmática autônoma, não equiparável a uma simples soma ou a um mero conglomerado de créditos e débitos (ibidem).

2.3 Não se detém aí, entretanto, a evolução da matéria, de resto já amplamente incorporada ao Direito brasileiro, seja em diplomas como o Dec.-lei nº 58/ 37, a admitir a transferência do compromisso de compra e venda de imóvel loteado mediante transpasse em seu verso (art. 13), mantida no art. 31 da Lei nº 6.766/ 79 (Parcelamento do solo urbano), seja na cessão da promessa de compra e venda na Lei nº 4.380/ 64 e em outros textos legislativos. É identificada na cessão de contratos de fornecimento, na transferência da autorização da lavra de minério, no negócio chamado cessão de carteira (*cession de portefeuille*), que implica a cessão de certos contratos de seguro entre empresas seguradoras, na permuta de locações, no substabelecimento sem reserva, na cessão do contrato de empreitada e em outros negócios¹¹.

3. O contrato com pessoa a declarar.

3.1 Assume este uma das formas mais atualizadas da mutação subjetiva na relação contratual, em que dela se despe totalmente o primitivo contratante, passando a persistir com aquele que venha a ser por este indicado, como se parte fora desde sua celebração.

Foi disciplinado no Código Civil italiano (arts. 1.401 a 1.405), país que lhe serviu de berço, na Idade Média, na Toscana, onde era largamente praticado sob a invocação da antiga fórmula *sibi aut amico vel eligendo*, empregada nas aquisições em hastas públicas, de modo a que não se revelasse, no ato, o nome do verdadeiro adquirente. Este, por motivos vários (constrangimen-

¹⁰ MOTA PINTO, ob. cit., p. 199/ 200.

¹¹ Cf. ORLANDO GOMES. *Contratos*. For., nº 109, e DIMAS DE OLIVEIRA CESAR, ob.cit., pp. 8/10.

tos pessoais, evasão de direitos fiscais e senhoriais), interessava em permanecer oculto, só se desvendando posteriormente.

Foi conhecido na França, sob a cláusula de reserva de *command*, concretizando-se mediante a chamada *élection d'ami*, havendo sido alvo de legislação especial naquele país, a partir de 1.790, orientada por preocupações de ordem fiscal.

Teve amplo curso no *Pays de Vaud*, na Suíça, onde foi regulamentada por leis e estatutos daquele Cantão (*Les Lois et Status du Pays de Vaud*) em 1.616, promulgados por Berna, sob cujo regime se encontrava. O hábito de comprar para si ou para *son compagnon* já se refletia, entretanto, na prática notarial do séc. XVI¹². Foi combatida por atos de autoridade nos cantões suíços (*mandats* e outros), no interesse de resguardar a cobrança de direitos senhoriais, de origem feudal, incidentes sobre a transferência da propriedade de imóveis a fim de evitar que, sob o manto da cláusula, se promovesse mais de uma alienação, mediante o pagamento apenas de uma taxa. Resistiu, porém, a todas as investidas, ora constando de promessas de venda ou de contratos de venda por instrumento particular, sempre escapando da exação daqueles encargos, que se revelavam excessivamente onerosos. Pode-se dizer que, na medida em que se propagou, contribuiu para a derrocada do feudalismo, erodindo fonte poderosa de sua sustentação econômica.

Conquanto não viesse a ser regulada no Código Civil suíço, perseverou na praxe e tradição. Após o Código Civil italiano, veio a ser disciplinada no português, no peruano e no boliviano.

3.2. Pressupõe a faculdade de, no contrato, ser designado terceiro como a contraparte contratante, com eficácia *ex tunc* da designação, de modo que se a entenda feita desde a celebração do contrato, extinguindo-se os direitos e obrigações para aquele que os adquiriu e assumiu inicialmente, o estipulante. É esta uma das

¹² REYMOND, Jean Frédéric. *La Promesse de vente pour soi ou por son nommable*. LDFR, Lausanne, 1945.

fundamentais, senão a mais relevante característica do contrato com pessoa a declarar (ou a nomear): com a válida indicação do terceiro, a denominada *electio amici*, aceita pelo promitente, extingue-se, *ex tunc*, a aquisição deste, surgindo, em seu lugar, com eficácia retroativa, a do escolhido, o *electus*, desaparecendo o estipulante do cenário do contrato, como se jamais dele houvesse participado. A *electio* é, destarte, o núcleo do contrato, dependendo da inteligência que dela se tenha a compreensão de sua natureza jurídica. Revela-se mais apta a este fim a teoria da condição, que vê no contrato entre o promitente e o estipulante uma subordinação àquela modalidade do negócio jurídico, de caráter resolutivo da aquisição do último mediante a *electio*, evento cuja verificação importa, ao mesmo tempo, na aquisição do *electus*, que se encontrava suspensa, na dependência de seu implemento. A compreensão de que o contrato consubstancia negócio, cujos efeitos se direcionarão num ou noutro sentido conforme se dê ou não o implemento da condição, consistente na *electio* válida, a qual será, por isso, suspensiva da aquisição do *eligendo* e resolutiva da do estipulante, é sufragada pela prevalente doutrina¹³.

3.3 Aplica-se em todos os casos em que, por diversos motivos, não deseja o interessado aparecer, recorrendo a intermediário que contrata em próprio nome, com reserva de indicar quem efetivamente será o sujeito da relação contratual. Surge, freqüentemente, associado a contratos preliminares e a outros, de intermediação de negócios: corretagem, compras e vendas de gêneros alimentícios e de valores mobiliários, para imediata transferência a terceiros. Desempenha, assim, notável função para que circulem os contratos, sem implicar em mutação visível da respectiva relação. Por tais motivos é, no Direito italiano, denominado “contrato em branco”¹⁴, à semelhança do título de crédito à ordem, transferível por endosso, uma das concepções que procuraram, de início, explicá-lo.

¹³ Cf. nossa tese *Contrato com Pessoa a Declarar*. Renovar, 1994.

¹⁴ MESSINEO.

GUISEPPE SCALONE, em notável ensaio¹⁵, destaca esta relevante função social e econômica de compreender o contrato com pessoa a declarar os esquemas contratuais em branco, destinados a atender à mais rápida circulação das concernentes relações.

É esta a perspectiva que, na verdade, ressalta na figura jurídica, que logra acolhida no Projeto do Código Civil brasileiro (arts. 467 a 471).

4. A recente Lei sobre o Sistema Financeiro Imobiliário (nº 9.514, de 20.11.97).

4.1. Introduz novo sistema para este financiamento, caracterizado por seu fomento mediante a emissão, por companhias de securitização de créditos imobiliários, de certificados de recebíveis imobiliários, título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários, e constituem promessa de pagamento em dinheiro.

Abriga a propriedade fiduciária, instituindo a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, e se funda naquele regime, de inspiração no *trust* do direito anglo-saxão, mas tendo como um dos núcleos para sua operacionalização a concepção do patrimônio em separado, integrante das companhias de securitização, exatamente voltado a garantir os créditos com base nele constituídos.

Para sua melhor compreensão, leia-se, o excelente livro do advogado e jurista MELHIM NAMEN CHALUB, *Negócio Fiduciário*, Renovar, 1998.

A formação de patrimônio em separado, agasalhada no Direito português¹⁶, foi por nós defendida em *Assunção de Dívida ...*, cit. págs. 253 a 261, onde apoiamos sua existência, qualifi-

¹⁵ "Spunti Critici in tema de contratto per persona da nominare". In: *Rivista del Diritto Commerciale*, Ano LVI (1958), Parte prima, pp. 333-369.

¹⁶ GUILHERME MOREIRA, JAIME GOUVEIA, PIRES DE LIMA, PAULO CUNHA e GALVÃO TELLES – Cf. VAZ SERRA. "Responsabilidade Patrimonial". In: *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 75, 1958, pp. 5 a 409.

cado pelo fim a que se destina, na boa lição dos MAZEAUD¹⁷, sendo suscetível de transmissão em seu ativo e passivo.

Mais recente, em ensaio sobre “As Garantias da Obrigação no Aspecto Substantivo e Processual no Direito Brasileiro (um estudo de Direito Luso-Brasileiro)”¹⁸, voltamos a sustentar aquela possibilidade, forte no conceito de FERRARA¹⁹, de que constitui o patrimônio “*un centro autonomo che non altro rapporto col patrimonio che gli sta vicino, che il legame d’averne lo stesso soggetto*”. Assinala que “*l’unico criterio per riconoscere esistenza nel patrimonio separato é quello della responsabilità per debiti*”, o que é energicamente enfatizado por BEKKER, VIVANTE e SRAFFA.

4.2 Exatamente esta noção, aliada à transmissão das obrigações em geral, à cessão do contrato em suas várias modalidades, ao próprio contrato em branco, na hipótese examinada do contrato com pessoa a declarar, aponta novos rumos para o Direito brasileiro no tema, máxime na formação de garantia dos créditos e relações jurídicas destinadas a circular.

5. Conclusão.

Por todos estes motivos, reforçados pela análise a que procedeu o culto Prof. DIOGO LEITE DE CAMPOS em sua brilhante exposição sobre “Securitização de créditos”, alargada pelas fronteiras traçadas pelo Prof. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO com *Novas Figuras Contratuais*, é que se pode dizer que hoje o Direito pátrio conhece e pratica amplamente a mutação subjetiva na relação contratual pelas vias mais modernas, em consonância com o escopo de sua veloz transmissão, jungida à garantia de sua existência, validade e solvência, com forte arrimo na concepção dos patrimônios separados, que lhe servem de supedâneo.

¹⁷ *Leçons de Droit Civil*. Montchréstien, Paris, 1972-1969, nº 1.283, pp. 195/7.

¹⁸ In: *Arquivos do Tribunal de Alçada Cível*. Rio de Janeiro, vol.20, 1995, pp. 17 e segs.

¹⁹ *Tratatto*. pp. 875 e segs.